

**Recurso 268/2014**

**Resolución 198/2015**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 26 de mayo de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS** (en adelante AMI) contra los pliegos que rigen el contrato denominado “*Contrato mixto de suministros y servicios energéticos del alumbrado público, servicio integral, y conjunto energético de edificios municipales*” (expte 620/2014) convocado por el Ayuntamiento de La Palma del Condado, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 13 de agosto de 2014, en el Boletín Oficial del Estado número 209, de fecha 28 de agosto de 2014, en el Boletín Oficial de la provincia de Huelva número 166, de fecha 1 de



septiembre de 2014, y el 19 de agosto en el Perfil de Contratante .

Con fecha 16 de octubre y 22 de octubre de 2014 se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, suplementos al anuncio de 13 de agosto, asimismo fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, número 268, de 5 de noviembre de 2014 y en el Boletín Oficial de la Provincia de Huelva, número 218, de 14 de noviembre de 2014, por los que se rectifican los pliegos y se concede nuevo plazo de presentación de ofertas al procedimiento de licitación.

El valor estimado del contrato es de 4.506.443,40 euros.

**SEGUNDO:** El 1 de septiembre de 2014, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de la Palma del Condado, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la asociación AMI contra los pliegos que rigen la licitación mencionada en el encabezamiento de esta Resolución. La recurrente solicitaba en su escrito de recurso, la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

**TERCERO.** El 4 de septiembre de 2014, tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal oficio del Ayuntamiento de la Palma del Condado, remitiendo el recurso especial interpuesto junto con la copia del expediente de contratación debidamente compulsado.

**CUARTO.** El 9 de septiembre de 2014, la Secretaría de este Tribunal remite oficio al órgano de contratación, solicitándole información relativa a si ha creado un órgano propio para la resolución de recursos contractuales o si había atribuido el conocimiento y resolución a un órgano especializado. El 12 de septiembre se recibe respuesta en la que el órgano de contratación manifiesta la no creación de órgano propio y la no suscripción de convenio con órgano



especializado.

**QUINTO.** El 19 de septiembre de 2014, este Tribunal dictó medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**SEXTO.** Con fecha 27 de octubre, se presenta escrito en el registro de este Tribunal por parte de la asociación AMI, donde a la vista de las modificaciones realizadas sobre los pliegos por las correcciones efectuadas, vuelve a impugnarlos, ya que los cambios efectuados en los mismos no influyen sobre el fondo del recurso, que había presentado con anterioridad.

**SÉPTIMO.** Con fecha 28 de octubre de 2014, la secretaria de este Tribunal emite oficio solicitándole al órgano de contratación, las publicaciones realizadas en los distintos diarios oficiales, así como en el perfil de contratante, de la modificación de los pliegos anteriormente referenciada, informe del órgano o servicio que hubiera tramitado el expediente, así como el listado en el que consten los licitadores que hubieran presentado oferta al procedimiento de licitación. Dicha documentación se recibió con fechas 31 de octubre, 19 de noviembre, 5 de diciembre y 10 de diciembre de 2014.

**OCTAVO.** Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 16 de diciembre de 2014, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones. Resultando que en el plazo concedido para ello, no se han recibido alegaciones ante este Tribunal.

**NOVENO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, dada la acumulación de



asuntos existente en este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

*En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”*

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.



Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

*“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).*

*2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”*

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*



Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre. En el presente supuesto, el Ayuntamiento de la Palma del Condado ha remitido a este Tribunal, previa petición, escrito en el que comunica que no ha optado por la creación de órgano propio, por lo que resulta competente este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la Asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

- (...)
- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*



*2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”*

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

*A priori*, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de Asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente:

*“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, la legitimación viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma*



*Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento ( SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”*

La clave, pues, está en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la Asociación.

En los estatutos de AMI consta en su objeto social que tiene como fines la representación y defensa de los derechos económicos y profesionales de sus miembros, por lo que queda acreditado su interés en la impugnación de la licitación objeto del presente recurso.

Asimismo, se aprecia la representación del firmante del recurso.





**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

A estos efectos, el objeto de la licitación es un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano del sector público con la consideración de Administración Pública, por lo que al ser objeto del recurso el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), se concluye que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**CUARTO.** Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.*

*(...)”.*



En el presente caso, el 13 de agosto de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, asimismo, el 19 de agosto en el perfil de contratante y el 28 de agosto, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 28 de agosto de 2014, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

En cuanto al escrito de interposición del recurso, el mismo fue presentado el día 1 de septiembre de 2014 en el Registro del órgano de contratación, por lo que se presentó dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente considera que existen diversos errores tanto en el PCAP, con relación a los medios de acreditar la solvencia y su proporcionalidad con el objeto de contrato, como en el PPT cuando regula el seguro de la instalación, ya que no precisa el importe que dicho seguro debe cubrir, y en lo relativo a las coberturas.

a) En primer lugar, combate la recurrente el PCAP; en este sentido considera que la cláusula 15.1.5 establece por un lado el requisito de clasificación “P1C”(grupo, subgrupo y categoría), y además añade como medio de solvencia, la acreditación de 5 contratos diferentes, en la modalidad de servicios energéticos de alumbrado público de, al menos, 25.000 puntos de luz. Esto supone que el órgano de contratación establece un requisito doble de



acreditación de la aptitud para contratar: la clasificación y conjuntamente con ella, el requisito de solvencia mencionado.

Considera la recurrente que es del todo improcedente, requerir la clasificación al contratista, y conjuntamente la acreditación de la solvencia, ya que en virtud de lo dispuesto en los artículos 62.1 y 64.2 del TRLCSP, han de tratarse de exigencias alternativas.

b) La recurrente expone que según se desprende de la documentación propia de la licitación, queda establecido que el número de luminarias es de 2.538, por tanto considera que el requisito de solvencia añadido a la clasificación, la acreditación de cinco contratos diferentes de *“gestión en modalidad de servicios energéticos de alumbrado público de, al menos, 25.000 puntos de luz”*, resulta desproporcionado de cualquiera de la maneras en las que se pudiera interpretar la cláusula mencionada.

Expone la recurrente que, debido a la inconcreción del PCAP, se puede entender que se requieren aportar cinco contratos en los que en total se hayan gestionado 25.000 puntos de luz -que conllevaría casi diez veces el volumen del contrato-, o bien, que en cada uno de los contratos se haya gestionado 25.000 puntos de luz, lo que conllevaría elevar la anterior cifra a más de 49 veces el volumen a acreditar en relación con el servicio objeto del contrato.

c) En relación a la cláusula 17 del PPT, alega la recurrente que la entidad adjudicataria deberá concertar una póliza o pólizas de seguros que cubran una serie de contingencias. Considera que parte de los riesgos que han de ser cubiertos por dichas pólizas, no son asegurados actualmente por ninguna compañía aseguradora, y al no establecer de forma previa en los pliegos cantidad alguna a asegurar, impide conocer al licitador desde el primer



momento, el importe de las obligaciones que ha de asumir en la ejecución del contrato.

Sobre las contingencias que debe cubrir el seguro, la recurrente hace referencia a la relativa a las *“acciones tumultuosas con inclusión de la prima del consorcio de compensación de seguros para riesgos catastróficos”*, para alegar que determinados riesgos son excluidos por las aseguradoras como es el caso de *“el tumulto popular o motín, fruto de reuniones y/o manifestaciones no realizadas conforme a lo dispuesto en la Ley 9/1983, de 15 de julio”*.

Por su parte el órgano de contratación, en su informe alega con relación al requisito de clasificación, que al no haberse aprobado el desarrollo reglamentario del TRLCSP -al que la norma hace referencia tras su modificación por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público-, se declara vigente el artículo 25.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), en el que, según expone el órgano de contratación, no se especificaría regulación del requisito de la clasificación de los contratos de suministros, considerando en definitiva que es *“el órgano de contratación el que determina los requisitos mínimos de solvencia exigidos en un contrato, así como los medios que admite para su acreditación reflejándose estos en los pliegos y en el anuncio de licitación, al no estar aún en vigor la cuestión de que la clasificación sea prueba suficiente para la acreditación de la solvencia”*.

Con relación a la segunda de las cuestiones alegadas por la recurrente, es decir, la desproporción entre el número de puntos de luz a *gestionar* y los solicitados por el órgano de contratación para justificar su solvencia, el órgano de



contratación argumenta, por un lado, que los 25.000 puntos de luz se refieren a todos los contratos conjuntamente, es decir, en palabras del órgano de contratación, *pueden sumarse en cinco contratos diferentes*, para conseguir el requisito de solvencia. Para justificar el uso de este medio, el órgano de contratación expone que así las empresas que liciten tendrán una trayectoria profesional y experiencia previa acreditada, en prestación de los servicios de eficiencia energética y alumbrado público exterior en Municipios similares, desde el punto de vista de la eficiencia energética.

Finalmente, el órgano de contratación trata la cuestión relativa al seguro de la instalación e indica que el artículo 76 del Real Decreto Ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia establece que *“los proveedores de servicios energéticos deberán tener suscrito un seguro de responsabilidad civil u otra garantía financiera que cubra los riesgos que puedan derivarse de sus actuaciones, teniendo en cuenta que pueden gestionar actuaciones de cierto riesgo como, entre otras, la ejecución y gestión de proyectos de ahorro y eficiencia energética en el sector industrial y el sector de la edificación. La cuantía mínima de la garantía se establecerá mediante Real Decreto”*.

En este sentido, expone el órgano de contratación que la fecha de aprobación de la norma citada es posterior a la de inicio del expediente y aprobación de Pliegos, y que en cualquier caso, cuando se publique la norma en cuestión que determine el importe, por el principio de jerarquía normativa, sería de aplicación directa.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo de las cuestiones planteadas en el recurso. La recurrente solicita la anulación de la cláusula 15.1.5 del PCAP en cuanto exige a los licitadores acreditar la



clasificación, y además acreditar la gestión en modalidad de servicios energéticos de alumbrado público de, al menos, 25.000 puntos de luz en cinco contratos diferentes. Por otro lado, solicita la anulación del cláusula 17 del PPT, al no cuantificar el importe que deben cubrir los seguros -al condicionarse su contratación a la aprobación por parte del Ayuntamiento-, y por las coberturas que deben tener dichos seguros.

En este sentido, tres son las cuestiones que este Tribunal debe analizar, la clasificación en un contrato mixto de suministros y servicios, la posible desproporcionalidad en la exigencia de requisitos de solvencia técnica, y la posible indeterminación en los seguros que se exijan al adjudicatario del contrato.

La primera de las cuestiones es la exigencia de clasificación con la que el órgano de contratación ha configurado el PCAP que rige la contratación. Como expone el órgano de contratación, actualmente nos encontramos en un período transitorio introducido por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público (en adelante Ley 25/2013), que modifica diversos artículos del TRLCSP, y supedita la aplicación de algunos de ellos al desarrollo reglamentario de la norma.

Ante esta situación, la Abogacía del Estado emitió Circular 1/2014, donde aclaró la aplicación del régimen transitorio. Exponía que la Ley 25/2013 dio nueva redacción los artículos 65, 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP, estableciendo un régimen de derecho transitorio aplicable a la nueva redacción de dichos preceptos, modificando para ello un precepto preexistente, la disposición transitoria cuarta del TRLCSP, con ello, según se expone en la Circular, *“bajo las anteriores*



*premisas, la nueva disposición adicional cuarta del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013, establece las siguientes previsiones:*

*- Mantiene la vigencia transitoria del artículo 25.1, párrafo primero, del TRLCAP, en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario de continua referencia. En consecuencia la entrada en vigor del nuevo apartado 1 del artículo 65 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013 y en los aspectos relativos al ámbito de aplicación y exigibilidad de la clasificación, no se producirá hasta la aprobación de las normas reglamentarias que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de obras y servicios, manteniendo hasta entonces su vigencia el artículo 25.1, párrafo primero, del TRLCAP.*

*- El último párrafo de la nueva disposición transitoria cuarta del TRLCSP mantiene la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, indicando que resultan aplicables, sin necesidad de desarrollo reglamentario, los límites cuantitativos a los que se venía supeditando la exigencia de clasificación. En consecuencia, no es exigible la clasificación de los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.*

*- Por último, y es aquí donde se introducen novedades por la Ley 25/2013, la entrada en vigor de la nueva redacción de los artículos 75, 76, 77, 78 del TRLCSP y del nuevo artículos 79 bis de este texto legal se supedita a lo que se establezca en las normas reglamentarias por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos. A falta de especificación por el legislador, hay que entender que, hasta entonces, continúan vigentes*



*los medios de acreditación de solvencia recogidos en la redacción preexistente de los citados preceptos, estos es, los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP en su redacción anterior a la Ley 25/2013”.*

De lo anterior se infiere, que actualmente el requisito de clasificación será exigible para aquellos *contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 500.000 euros y en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 200.000 euros*. Por tanto la exigencia de clasificación, en el momento en el que se tramitó el expediente, requería que nos encontrásemos ante un contrato que reuniese un doble requisito, por un lado, que supere un cierto umbral económico -requisito que cumple sobradamente-, y por otro, el relativo a la naturaleza del objeto del contrato, que ha de ser de obras o de servicios.

En el presente caso, nos encontramos ante un contrato mixto de suministros y servicios. Aborda esta cuestión la cláusula primera del PCAP que regula el régimen jurídico del contrato, estableciendo, *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del TRLCSP, cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, se atenderá en todo caso para la determinación de las normas que deberán observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. En este contrato, el suministro supone un mayor peso económico, frente al servicio de mantenimiento, por lo que serán de aplicación las reglas previstas para el contrato de suministros en el TRLCSP”.*

Interesa traer a colación la regulación que el TRLCSP introduce en relación a la regulación de los contratos mixtos. Por un lado el artículo 12 del TRLCSP, es claro cuando afirma que el carácter de la prestación que tenga mayor importancia desde el punto de vista económico, determinará las normas que deberán observarse en su adjudicación.





Por otro lado, el artículo 115 del TRLCSP, establece que en el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

Se establece por tanto un régimen común en la preparación y adjudicación del contrato, atendiendo a la prestación de mayor importancia económica, y se permite un régimen jurídico específico atendiendo a la naturaleza de las distintas prestaciones fusionadas en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción.

En este sentido se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 29/2010, de 24 de noviembre, *“con carácter previo a dar respuesta a las cuestiones planteadas, esta Junta Consultiva observa que el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, cuyo Alcalde solicita este informe, licitó un contrato mixto de obras y de servicios exigiendo clasificación, al mismo tiempo, en subgrupos de empresas contratistas de obras y de empresas de servicios. Ello, entiende esta Junta Consultiva no es conforme con el artículo 12 de la Ley de Contratos del Sector Público (...) que supone que en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos.”*

Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en su informe 3/2015, de 27 de abril, en relación con la acreditación de la solvencia empresarial mediante la clasificación, en contratos de servicios, expone *“así la clasificación empresarial es el único*



*medio de acreditación de la solvencia admisible en aquellos contratos que, en razón de su objeto y cuantía, ésta se exija por ley.”*

Un caso muy similar al presente trata el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón que, en su Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre de 2013, establece *“El contrato en cuestión se califica en el expediente como un contrato mixto de suministros y servicios. Ello no obstante, a la vista del alcance de las prestaciones detalladas en el PCAP y en el PPT de la licitación, el contrato contiene también prestaciones propias de un contrato de obras, a ejecutar y financiar por el adjudicatario, por lo que nos encontramos ante un contrato mixto de obras, suministros y servicios. A estos efectos, el artículo 12 TRLCSP mantiene la regla de absorción, tradicional en la legislación de contratos públicos española (...) Por tanto, la prestación de mayor importancia económica va referida a la prestación P-1, correspondiente a un contrato de suministro, siendo a las normas de esta figura a las que hay que estar para la adjudicación del contrato (...) Lo que no procede, en ningún caso, es la exigencia de la clasificación señalada en el apartado d), al ser este medio de acreditación ajeno a los contratos de suministros, en virtud de lo señalado en el artículo 65.1 TRLCSP, que circunscribe la exigencia de la misma a los contratos de obras y servicios que superen los importes en cada caso establecidos.”*

Pues bien, si el órgano de contratación determinó en su momento que la prestación preponderante era el suministro, no cabe duda que no podía exigir requisito de clasificación, toda vez que la acreditación de solvencia será sustituida por la clasificación, -ex artículo 62.1 del TRLCSP-, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley, es decir, la exigencia de clasificación, en tanto puede resultar limitadora de la concurrencia, no puede ser exigida libremente por el órgano de contratación, sino que su exigencia se ha



de supeditar a los supuestos previstos en el TRLCSP, concurriendo en este caso, como ha sido objeto de análisis, que el órgano de contratación erró al requerir en el presente contrato requisito de clasificación, al ser el objeto del mismo un contrato mixto de suministro y servicios con prevalencia del suministro, no estando comprendido este último en el artículo 65 del TRLCSP.

Finalmente el órgano de contratación tendrá que tener en cuenta que si bien no puede exigir el requisito de clasificación, como anteriormente se ha argumentado, deberá modificar el PCAP, incluyendo uno o varios de los medios para acreditar la solvencia económica y financiera, de entre los previstos en el artículo 75 del TRLCSP, y de los de solvencia técnica previstos en el artículo 77 del TRLCSP, utilizando para ello la redacción de los preceptos, que se encuentra actualmente en vigor, según se ha expuesto anteriormente. Además dichos medios deberán ser graduados en función de los criterios que el órgano de contratación establezca de forma proporcionada al objeto del contrato.

**SÉPTIMO.** La segunda de las cuestiones a analizar es la presunta desproporción del criterio de solvencia establecido por el órgano de contratación en el PCAP.

En este sentido, la cláusula 15.1.5 del PCAP regula los requisitos de “*clasificación empresarial*”, estableciendo junto a la clasificación, el siguiente medio de solvencia, “*acreditar la gestión en modalidad de servicios energéticos de alumbrado público de, al menos, 25.000 puntos de luz en 5 contratos diferentes*”.

En primer lugar, procede el análisis de los medios de solvencia establecidos en el TRLCSP, contenidos en el artículo 77 del TRLCSP, que regula los medios de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de suministro.



*“En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:*

*a) Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

*b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.*

*c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.*

*d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.*

*e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.*

*f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente destalladas mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.*

*2. En los contratos de suministros que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.*

El artículo 77, anteriormente transcrito, establece una serie de medios que servirán para acreditar la solvencia técnica en los contratos de suministros.



Entre ellos, el órgano de contratación tendrá que elegir uno o varios, en los que establecerá los valores mínimos a partir de los cuales considerará suficientemente acreditada la *solvencia para contratar*. Sin embargo, en este caso, el órgano de contratación opta por utilizar un medio que no se encuadra exactamente en ninguno de los previstos legalmente, *“acreditar la gestión en modalidad de servicios energéticos de alumbrado público de, al menos, 25.000 puntos de luz en 5 contratos diferentes”*; dicho medio carece de ámbito temporal, no incluye la forma de acreditación de los contratos referidos y además, como pone de manifiesto la recurrente, adolece de cierta ambigüedad en su formulación.

Sobre la posibilidad de utilizar medios distintos a los previstos en el TRLCSP, se manifiesta el Acuerdo 42/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que expone *“En consecuencia, para contratar con los poderes adjudicadores, que deben aplicar el TRLCSP, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica; debiendo estar únicamente, en cuanto a restricciones, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, sin que puedan exigirse requisitos o medios de acreditación distintos de los previstos en aquélla.”*

El Informe 17/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con la exigencia de solvencia establecida en el artículo 62 del TRLCSP dispone, *“Del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los medios y criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, es decir que sean proporcionales; que se encuentren entre los*



*establecidos en la Ley; y, además —como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública—, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios.”* continúa el informe “*En la actualidad, es el artículo 74 TRLCSP el que señala en su apartado primero que la solvencia económica y financiera y técnica y profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que determine el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 75 a 79. Por su parte, los artículos 75 a 79 TRLCSP regulan los medios admitidos para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica. Por tanto, los medios de acreditación de la solvencia están tasados en el TRLCSP, y no son disponibles por los órganos de contratación.”*

También el Informe 5/13, de 27 de junio de 2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, concluye “*Así, en aras de la objetividad en la adjudicación del contrato, de fomentar la objetividad y la transparencia como principios informadores de la contratación pública, no debe la Mesa efectuar la acreditación de la solvencia técnica del licitador por medios distintos de los previstos en el artículo 78 del TRLCSP.*”, en este caso, aun estando referido a una actuación de la mesa de contratación en un contrato de servicios, sería perfectamente aplicable a la configuración de un contrato.

Siendo así que de los medios que prevé el artículo 77 del TRLCSP, puede resultar el más próximo al utilizado por el órgano de contratación la letra a), “*Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante*



*un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.”*

Una vez que el órgano de contratación elige el medio o medios que utilizará para la acreditación de la solvencia técnica, dicho medio o medios deberán ser graduados, por medio de criterios, en el PCAP de forma expresa. En este caso, el órgano de contratación lo hace por medio del número de puntos de luz que se consideren necesarios gestionar, para que se considere cumplido el requisito de solvencia. Esta cuestión enlaza con la proporcionalidad del criterio de solvencia establecido en el PCAP, en relación con el objeto del contrato. Como se ha citado anteriormente, se requiere haber gestionado 25.000 puntos de luz en cinco contratos.

La recurrente, alega que no queda suficientemente aclarado en el PCAP si los 25.000 puntos de luz se refieren a cada contrato o a los cinco conjuntamente. El órgano de contratación expone que se deberá acreditar la gestión de los 25.000 puntos de luz, entre los cinco contratos, cuestión que como ha sido anteriormente analizada deberá ser objeto de aclaración en el nuevo contenido del PCAP, ya que la redacción actual resulta efectivamente confusa.

La recurrente considera que, aún en el caso de que se pudiera acreditar la gestión de los 25.000 puntos de luz entre los cinco contratos, nos encontraríamos *“con una exigencia de experiencia casi 10 veces superior a la que supone el objeto del mismo”* que cuantifica en 2.538 luminarias. Por su parte el órgano de contratación alega que el objetivo que se pretendía era que las empresas que liciten tengan una trayectoria profesional y experiencia previa acreditada en la prestación de los servicios de eficiencia energética y alumbrado público exterior en municipios similares a éste, desde el punto de vista de la eficiencia energética.





Como afirma la recurrente, y el órgano de contratación no rebate en su escrito, del Anexo I. “Datos de instalaciones de alumbrado público”, se desprende que el número de luminarias objeto del contrato es de 2.538, que constituyen la instalación del alumbrado público. Por tanto, la cuestión estriba en determinar si el requisito de solvencia establecido en acreditar la gestión de 25.000 puntos de luz resulta desproporcionado al objeto del contrato de 2.538 luminarias.

Sobre esta cuestión, la proporcionalidad en los medios para exigir solvencia a los licitadores, se ha manifestado este Tribunal en diversas ocasiones, así la Resolución 77/2015 de 24 de febrero, sobre una cuestión similar a la que aquí se plantea, afirmaba *“La decisión que corresponde adoptar al órgano de contratación en la fijación de las condiciones de solvencia (en este caso técnica) debe estar delimitada por su vinculación directa con el objeto del contrato y ser proporcional al mismo, como se exige en el artículo 62 del TRLCSP: “1. Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley. 2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.*

*De dicho artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los requisitos mínimos que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: I) que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; II) que sean determinados, esto es, que estén relacionados con el objeto, duración e importe del contrato, es decir, que sean proporcionales; III)*





*que se encuentren entre los medios establecidos en la Ley; y, IV) que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.*

*Los requisitos de solvencia devienen condiciones de acceso a los procedimientos de licitación, de tal forma que si no se reúnen las condiciones exigidas en los mismos, el interesado no podría tomar parte en dicho procedimiento, o si se presentase a la licitación su consecuencia sería la exclusión. Por ello resulta fundamental una adecuada exigencia de solvencia proporcional al contrato que evite una restricción indebida de la competencia.”*

Por otro lado, la Resolución 206/2014 de 7 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concretaba, en relación con la proporcionalidad de los medios de solvencia, que *“no existe una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la delimitación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y las condiciones de solvencia exigibles para su ejecución. No es posible afirmar que cualquier cantidad superior al presupuesto del contrato deba calificarse como desproporcionada, ni tampoco establecer un porcentaje determinado que indique la existencia de desproporción. Cuando se plantee esta cuestión será necesario acudir a las circunstancias del caso y tener en cuenta todos los posibles factores que concurran.”*

Pues bien, teniendo en cuenta el objeto del contrato y en relación con la solvencia exigida, a juicio de este Tribunal, y en virtud de lo anteriormente expuesto, no resulta razonable que se exija contratos de gestión en modalidad de servicios energéticos de alumbrado público sobre un total de 25.000 puntos



de luz, cuando el objeto del contrato, como se ha podido comprobar, se extiende a un total 2.538 luminarias. Y en cualquier caso, si efectivamente fuera necesaria la acreditación de esa solvencia por motivos que desconocemos, dicha exigencia debería estar justificada en el PCAP, cosa que tampoco ocurre. Por tanto, dicha exigencia deberá ser proporcional al objeto del contrato, de forma que se establezcan condiciones de solvencia adecuadas al objeto del contrato, en los términos anteriormente citados.

**OCTAVO.** La recurrente expone que en la cláusula 17 del PPT se exige al adjudicatario que concierte un seguro sin especificar *el importe a asegurar lo que constituiría un precio indeterminado*, y que incluye dentro de sus coberturas, el riesgo de *“acciones tumultuosas”* que, según afirma la recurrente, se trataría de un riesgo que no cubren las aseguradoras.

El órgano de contratación expone que la exigencia del seguro, se establece en virtud del artículo 76 del Real Decreto Ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia que establece, *“los proveedores de servicios energéticos deberán tener suscrito un seguro de responsabilidad civil u otra garantía financiera que cubra los riesgos que puedan derivarse de sus actuaciones, teniendo en cuenta que pueden gestionar actuaciones de cierto riesgo como, entre otras, la ejecución y gestión de proyectos de ahorro y eficiencia energética en el sector industrial y el sector de la edificación. La cuantía mínima de la garantía se establecerá mediante Real Decreto.”* Por lo que al ser la norma referida posterior a la aprobación de los pliegos y estar la cuantía sujeta a un desarrollo reglamentario, entiende el órgano de contratación que cuando se produzca dicho desarrollo, se aplicará directamente al presente expediente de contratación.



De este modo, nos encontramos ante una obligación exigida al adjudicatario, y prevista en el PPT, -en concreto en la cláusula 17-, de concertar un seguro por un importe que resulta indeterminado en el momento de licitar, ya que su exigencia se realiza *“previo conocimiento y aprobación del Ayuntamiento de la Palma del Condado, y por cuantía suficiente”*. Considera este Tribunal, en relación con la inclusión de dicha exigencia, que la misma entra en colisión con el TRLCSP, y con el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). En concreto, el artículo 67 del RGLCAP, a la hora de regular el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece en su apartado n), *“derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual”*. Exigiendo, en este caso en relación con el PCAP, que todos los derechos y obligaciones que deban asumir las partes en la ejecución del contrato, queden claramente explicitadas.

En este sentido, la inconcreción con que se determina en el PPT el importe por el que deberá el adjudicatario concertar el mencionado seguro, conlleva que las entidades interesadas en participar en la licitación, no puedan confeccionar su oferta, conociendo a nivel cuantitativo, las obligaciones a las que están sometidas, y ello, como hemos apuntado anteriormente, conlleva una indeterminación contraria a los preceptos expuestos. Y no puede ampararse el órgano de contratación en que la norma se aprobó posteriormente a la aprobación de los pliegos, puesto que ello podría haber condicionado, en su caso, la exigencia del seguro al adjudicatario, pero una vez que el órgano de contratación decide incorporarlo al PPT, y como se ha argumentado, el mismo debe ser objeto de cuantificación.



Por otro lado, tampoco puede ampararse el órgano de contratación en que la cuantía mínima de la garantía se establecerá mediante Real Decreto, con el objetivo de eludir la determinación del importe del seguro, puesto que como anteriormente se ha expuesto, el órgano de contratación deberá determinar todas las obligaciones que debe asumir el futuro adjudicatario, y ello con independencia de una eventual repercusión que pudiera tener, sobre los importes que fije en los pliegos el órgano de contratación, la futura regulación estatal de la cuantía mínima de dicha garantía, y decimos eventual, porque se tratan de garantías mínimas, que es de suponer que el órgano de contratación superará, ya que las coberturas exigidas en el PPT son superiores a las previstas en el Real Decreto Ley 8/2014.

Finalmente, la recurrente expone que determinada cobertura no sería objeto de aseguramiento por ninguna compañía aseguradora. El PPT, concreta en la cláusula 17 en relación a las coberturas de la póliza o pólizas, lo siguiente:

- “- Seguro todo riesgo de la instalación.  
- Daños a terceros y responsabilidad civil por la explotación.  
- Incendio explosión, rayo y adicionales incluidos los riesgos extensivos de daños por huelgas y acciones tumultuosas con inclusión de la prima del consorcio de compensación de seguros para riesgos catastróficos.  
- Robo y expoliación, salvo cableado.”*

La recurrente expone que tal y como está redactada la cláusula, obligaría a la adjudicataria a concertar un seguro por coberturas que no son objeto de aseguramiento por ninguna compañía aseguradora, en concreto señala, *“el tumulto popular o motín, fruto de reuniones y/o manifestaciones no realizadas conforme a lo dispuesto en la Ley 9/1983, de 15 de julio”*, sin embargo la recurrente no expone ningún fundamento legal que apoye su



alegato, y que pueda ser objeto de análisis por este Tribunal, más allá de las afirmaciones anteriormente reproducidas.

Este Tribunal ya ha manifestado en multitud de ocasiones que el órgano de contratación dispone de libertad a la hora de configurar los pliegos con el objeto de adaptar el contenido de los mismos a las necesidades que pretende satisfacer, por tanto, en el presente caso, las afirmaciones de la recurrente sobre la improcedencia de las coberturas que el órgano de contratación exige en el PPT, sin acompañamiento de ningún fundamento jurídico que este Tribunal pueda analizar, supone que, sin perjuicio del análisis de oportunidad que pudiera hacer el órgano de contratación sobre los extremos manifestados en el recurso, este Tribunal no pueda acceder a la pretensión de la recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “*Contrato mixto de suministros y servicios energéticos del alumbrado público, servicio integral, y conjunto energético de edificios municipales*” (expte 620/2014) convocado por el Ayuntamiento de La Palma del Condado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del PCAP, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en los Fundamentos de Derecho sexto a octavo, ambos inclusive, de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.



**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento, acordada por este Tribunal en Resolución de 19 de septiembre de 2014.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

